

## **CONTRAT ET DROITS FONDAMENTAUX**

Les rapports entre contrat et droits fondamentaux : 1<sup>e</sup> question est le droit des obligations a-t-il une valeur constitutionnelle ? La 2<sup>e</sup> question : dans quelle mesure les droits fondamentaux irriguent-ils le contrat ? (manifestations de la liberté contractuelle). Il faut mesurer la difficulté qu'il y a à mettre en rapport droits fondamentaux et contrat. Il y a encore 10 ans la majorité de la doctrine civiliste estimait que droits fondamentaux et contrat étaient 2 sphères différentes. Les relations qui se nouent entre ces 2 pôles sont truffées de paradoxes.

### **I. Les paradoxes de la fondamentalisation du droit des contrats**

La liberté contractuelle c'est d'abord la liberté de contracter, la liberté contractuelle comprend la liberté de choisir son contractant, liberté de déterminer le contenu du contrat.

#### **1<sup>er</sup> paradoxe :**

Logé dans l'expression liberté contractuelle elle-même. Le contrat est un acte générateur d'obligations. Comment parler de liberté quand il s'agit de se lier ? Le paradoxe s'évapore vite si on se rappelle que si un sujet de droit s'impose des obligations c'est parce qu'il a également la liberté de ne pas le faire. La liberté contractuelle témoigne de la puissance de la liberté. La liberté n'est vraiment totale que lorsque son titulaire a la possibilité de l'abandonner ou de l'aménager.

La liberté contractuelle qui est la liberté de se lier est donc une expression parfaite de la liberté individuelle. C'est pour ça que pendant longtemps il n'était guère question de confronter contrat et droits fondamentaux. Le contractant est totalement libre qu'il contracte, donc on n'a pas à réaliser le produit de cette liberté sous prétexte d'une violation d'un droit fondamentale. La vigueur de la liberté contractuelle au sens de liberté fondamentale se manifeste à travers l'insensibilité du contrat aux droits fondamentaux.

#### **2<sup>e</sup> paradoxe :**

La liberté contractuelle n'a été conçue que très récemment et imparfaitement comme une liberté fondamentale.

La liberté contractuelle pour les privatistes c'est une donnée première du droit. Dans notre droit civil issue de la pensée révolutionnaire, les relations privées des individus sont conçues à partir de 3 pôles : les relations familiales, la responsabilité délictuelle et le contrat. Le contrat c'est l'institution qui permet la mise en société. Avant la révolution les hommes étaient mis en relation par le contrat mais surtout par leur position sociale qui impliquait un certain nombre de droits et de devoirs, et aussi par leur appartenance religieuse.

Si sans contrat il n'y a plus de société, il n'y a au fond aucune nécessité à reconnaître comme fondamentale la liberté contractuelle parce que cette liberté contractuelle est inhérente au vivre ensemble.

Si la liberté contractuelle est inhérente à la vie en société, aucune raison de la consacrer.

Aspect axiologique permet de mettre en valeur un droit en le déclarant fondamental. Cet aspect pendant longtemps n'avait aucune raison d'être. La liberté contractuelle était fondamentale par nature et pas par déclaration.

#### **3<sup>e</sup> paradoxe :**

La fondamentalisation de la liberté contractuelle, à l'œuvre depuis quelques années, est en fait le signe de son déclin. C'est parce que la liberté contractuelle n'est plus aussi fondamentale, n'est plus aussi primordiale qu'elle l'était, qu'il est finalement nécessaire d'en proclamer le caractère fondamental.

## **II. Les assises constitutionnelles du droit des contrats**

On lit souvent que la liberté contractuelle a valeur constitutionnelle : c'est faux !

### **A. Le refus de toute valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle**

On entend ici liberté contractuelle comme signifiant liberté de contracter et liberté de choisir son contractant. La liberté contractuelle ainsi entendue n'a pas valeur constitutionnelle.

Décision CC 2 août 1994 n°94-348 *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle.*

Décision 20 mars 1997 *le principe de la liberté contractuelle n'a pas en lui même valeur constitutionnelle mais cette liberté est protégée si l'atteinte à la liberté contractuelle conduit à porter atteinte à des libertés constitutionnellement garanties.* Problème de retraite, loi permettait aux employeurs de mettre en place dans son entreprise un plan d'épargne retraite obligatoire et qui interdisait par contrecoup au salarié d'adhérer à d'autres fonds de retraite privés. Atteinte à la liberté contractuelle. Le CC a estimé qu'aucune norme de valeur constitutionnelle n'interdisait une telle législation.

Il n'y a aucune référence dans les textes constitutionnels à la liberté contractuelle. De très nombreuses lois ont porté atteinte à la liberté contractuelle, il n'y a pas de PFRLR.

En revanche les attentes nées du contrat sont protégées constitutionnellement.

### **B. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle des attentes des contractants**

Décision du 10 juin 1998 sur la loi Aubry I sur les 35H : *le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des conventions car l'économie de la convention est protégée par l'article 4 de la DDHC* (liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui). Ce n'est qu'en cas d'atteinte grave à l'économie de la convention que la loi sera déclarée inconstitutionnelle.

Décision du 13 janvier 2003 : la protection constitutionnelle des attentes des contractants s'est renforcée. Le Conseil Constitutionnel place l'économie des conventions sous la protection des articles 4 et 16 de la DDHC. Le Conseil Constitutionnel n'exige plus que l'atteinte portée au contrat légalement conclu soit grave.

Désormais, l'économie des conventions, l'équilibre des contrats déjà conclus, acquiert pleinement valeur constitutionnelle. Il faudra au législateur un motif suffisant pour porter atteinte à des contrats légalement conclus.

Le fondement de cette protection n'est plus l'article 4, c'est l'article 16 qui dit *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée n'a point de constitution* (principe de sécurité juridique). Bien meilleur fondement. L'article 4 protège une liberté. Or ce que déclare constitutionnel le Conseil ce n'est pas la liberté contractuelle mais le respect des prévisions contractuelles. Donc le fondement de l'article 4 était artificiel. En revanche, comme c'est le contenu des contrats déjà conclus qui est protégé contre les invasions législatives, c'est au fond un problème d'application de la loi nouvelle au contrat en cours, c'est bien un problème de sécurité juridique qui relève de l'article 16.

La prévisibilité contractuelle qui s'incarne dans l'économie de la convention est protégée constitutionnellement, cette prévisibilité ne peut être déjouée par une loi inopportune. Mais il

n'y a pas de protection constitutionnelle de la liberté de choisir son contractant ou même de contracter.

### **III. Les manifestations de la liberté contractuelle**

#### **A. La liberté de contracter**

En principe chacun est libre de conclure ou non un contrat. Il n'y a normalement ni obligation de contracter ni interdiction de contracter. Ces libertés ne sont pas absolues, ont des limites. La liberté de contracter n'est pas consacrée en tant que telle, elle n'apparaît que de manière implicite à travers ces exceptions.

Inversement la liberté de se défaire du contrat, la liberté de rupture, est consacrée en tant que telle et consacrée constitutionnellement

##### **1. Les obligations de contracter**

###### **a. Des obligations fréquentes**

- La 1<sup>e</sup> obligation de contracter c'est l'article 661 cciv : la cession de mitoyenneté. Le propriétaire qui acquiert un fond, un terrain, qui touche un mur, peut forcer le propriétaire du mur à céder la moitié du mur et la moitié du sol sur lequel il repose. C'est une obligation de vendre qui est imposée par le cciv.
- En droit de la consommation, obligation de contracter prévue par L122-1 Cconso qui oblige tout professionnel à vendre ou à effectuer une prestation de service à tout consommateur dès lors qu'il a fait une offre publique.
- Obligations de contracter une assurance : L211-1 du code des assurances prévoit l'obligation d'assurance des véhicules terrestres à moteur.
- Les établissements de crédits, les banques, sont obligés de consentir l'ouverture d'un compte de dépôt et corrélativement cette obligation prévue par L312-1 code monétaire et financier, consacre un droit au compte en banque. Ce droit au compte en banque prend un relief particulier pour les étrangers sans papiers. En pratique, fréquemment les étrangers sans titre de séjour ne peuvent ouvrir un compte en banque. La chambre commerciale arrêt du 18 décembre 2007 rappelle que l'irrégularité du séjour ne constitue pas un motif permettant à La Poste de refuser l'accès à un compte déjà ouvert.

###### **b. La liberté d'association, limite à l'obligation de contracter**

Depuis arrêt AP 9 février 2001, sont illicites toutes les clauses et toute obligation d'adhérer à une association.

Arrêt 12 juin 2003, 3<sup>e</sup> civ, revue des contrats 2004 p.231 Rochfeld. Dans cette affaire un bail commercial faisait obligation au preneur d'adhérer à l'association des commerçants du centre commercial. Le preneur demandait remboursement des sommes versées. Cappel l'a débouté au motif que le preneur ne peut se soustraire à l'obligation qu'il a acceptée par contrat. La Ccass casse cette décision, et déclare nulle la clause obligeant le preneur à adhérer à l'association. Au visa se trouve l'art 4 de la loi de 1901 et l'article 11 de la CEDH qui proclame la liberté d'association. La liberté de contracter est ainsi protégée par l'intermédiaire de la liberté d'association. Solution inspirée de la jp de la CEDH arrêt Chassagnou du 29 avril 1999 : revue trimestrielle de droit civil 1999 p. 913. La CEDH a condamné la France pour une loi qui obligeait tout propriétaire d'un terrain de moins de 20 hectares à adhérer à une association de chasse agréée, ce qui obligeait aussi le propriétaire à laisser un droit de chasse sur son terrain.

## 2. Les interdictions de contracter

Sont très rares. Interdictions de contracter qui touchent les incapables (le cocontractant de l'incapable). Interdiction pour le médecin de se faire consentir des libéralités par des patients lors de leur dernière maladie (art 909 cciv).

## 3. La liberté de rupture

Liberté de rompre un contrat en dehors de tout manquement fautif.

En l'absence de manquement, la liberté de résiliation est de principe pour tous les contrats à durée indéterminée. Cette liberté a été reconnue constitutionnellement par le Conseil Constitutionnel lors de la décision PACS du 9 novembre 1999. Cette liberté de résiliation est fondée sur l'art 4 de la DDHC.

L'information du cocontractant d'une part et la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture doivent être garantis par la loi.

La Ccass reconnaît également le principe de liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée, impose des exigences différentes du Conseil, elle impose le respect d'un préavis et sanctionne la rupture abusive. Elle n'impose pas de manière générale une obligation de motivation.

Art 2003 cciv interdit le mandat perpétuel. Art 1780 cciv interdit le louage de services à vie.

Art 1736 interdiction du bail perpétuel.

Dans les contrats à durée déterminée, il n'y a pas de possibilité de rupture unilatérale anticipée, sauf exception légale, ainsi en matière de contrat d'habitation, le locataire d'un local d'habitation peut avant l'échéance résilier le contrat de location moyennant un préavis de 3 mois (art 12 de la loi du 6 juillet 89 sur les baux d'habitation).

## **B. La liberté de choisir son contractant**

Cette liberté pendant longtemps a paru quasiment illimitée. Encore maintenant la jp rappelle parfois que le contractant est toujours libre de choisir son cocontractant. Arrêt com 7 avril 1998, non renouvellement d'une concession automobile citroën. Le concédant a refusé de conclure un nouveau contrat de concession. La chambre commerciale ne trouve rien à redire, et ajoute que *le concédant a le droit de traiter avec le contractant de son choix, le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision, le concédant n'a pas à communiquer les critères selon lequel le choix est exercé.*

Depuis 2003, la Ccass refuse de sanctionner la rupture abusive de pourparlers par la conclusion du contrat ou même par une indemnisation équivalente.

Les droits de préemption au profit des communes sur les ventes d'immeubles ; droits de préemption instaurés au profit de personnes privées, tel est le cas de l'art 15II de la loi du 6 juillet 1989 qui instaure un droit de préemption au profit du locataire lorsque le propriétaire entend vendre le local loué.

La jp est venue tempérer la liberté de choix du contractant, à propos de la violation du pacte de préférence, la sanction consiste dans la substitution forcée, en un mot le bénéficiaire du pacte évince l'acquéreur du bien, sous réserve que cet acquéreur ait eu connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. RTDciv 2006 p.550 note Mestre.

### **C. Le libre choix du contenu du contrat**

En vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté, les parties sont libres d'aménager comme elles l'entendent leurs rapports contractuels. La limite traditionnelle à cette liberté est constituée par l'ordre public (art 6 cciv).

Le domaine de l'ordre public, depuis 1804, a progressé. Au départ l'OP classique regroupait la défense de l'Etat, des mœurs familiales. Puis est venu s'ajouter un OP de protection qui vise à protéger la partie faible, il s'agit des législations protectrices du consommateur et des salariés. Est apparu un OP de direction, l'Etat entend diriger la conduite des individus et diriger des politiques publiques par l'intermédiaire de son intervention sur le contrat, encadrement des clauses d'indexation.

A ces ordres publics, il faut ajouter aujourd'hui les droits fondamentaux qui progressivement viennent eux aussi entamer la liberté de stipulation des parties. Cette fondamentalisation du droit des contrats est notamment assise sur l'effet horizontal de la CEDH.

#### **1. Le contrat de travail**

Jean Pierre Marguenaud & Mouly, revue de droit du travail janvier 2008 p.15 sur CEDH et droit du travail.

Invocation des droits fondamentaux est consacrée par la loi à l'article L120-2 du code du travail.

La liberté d'expression : arrêt du 28 avril 1988 Clavaud, La Ccass reconnaît au salarié une liberté d'expression hors de l'entreprise, sur son entreprise, qui peut s'exercer sauf abus. Il s'agissait d'un salarié qui avait fait dans la presse de déclarations très critiques à l'égard de son entreprise. Le licenciement a été annulé. 1<sup>e</sup> intérêt : reconnaissance de la liberté d'expression du salarié. 2<sup>e</sup> intérêt : la violation de ce droit fondamental par l'employeur est sanctionnée par la nullité, et non pas uniquement par un LSCRS. Dans cette affaire, il ne s'agit pas d'une modification du contenu contractuel, il s'agit de l'affaire où pour la 1<sup>e</sup> fois est apparue dans les rapports nés du contrat de travail une protection fondée sur les droits fondamentaux.

Le libre choix du domicile : Ccass contrôle la mise en œuvre des clauses de changement de domicile à l'aune du respect du domicile. Arrêt 12 janvier 1999 : la Ccass soumet à l'article 8 de la CEDH (vie privée et familiale et droit au respect du domicile) la clause imposant à un attaché commercial de résider dans la région de commercialisation. Arrêt 12 juillet 2005 qui a déclaré nulle la clause imposant à un avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet, cassation au visa de l'art 9 du cciv, Ccass a considéré que ces objectifs ne peuvent justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle du salarié.

Le libre exercice d'une activité professionnelle : sur ce fondement, la chambre sociale dans des arrêts du 10 juillet 2002 a imposé une contrepartie financière à l'obligation de non concurrence à peine de nullité de la clause sur le fondement du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. On aurait pu aussi se fonder sur l'absence de cause découlant de l'absence de contrepartie financière. La chambre sociale ne se place pas sur ce terrain civiliste pour exiger une contrepartie financière mais se place sur le terrain des droits fondamentaux.

La liberté matrimoniale : arrêt du 27 avril 1964 une clause d'un contrat de travail interdisant

de se marier ou de se remarier est nulle.

Le secret des correspondances : l'employeur ne peut consulter les mails personnels de son salarié, arrêt 2 octobre 2001 Nikon. Chambre sociale a infléchi cette jp en indiquant que l'employeur peut consulter les fichiers personnels d'un salarié sur son lieu de travail sous la seule réserve que cette ouverture de fichier se fasse en présence du salarié, arrêt 17 mai 2005. L'employeur ne peut pas fonder un licenciement sur le contenu d'une correspondance que le salarié a reçue sur son lieu de travail quand bien même le caractère personnel du pli n'était pas indiqué arrêt ch mixte 18 mai 2007, secret de la correspondance est rattaché au respect de la vie privée consacré par l'art 9 cciv.

La Cour EDH a une jp très similaire à celle de la chambre sociale, arrêt Copland 3 avril 2007, JCP 2007 1.182 note de Sudres.

## 2. Le contrat de bail

2 types de contentieux. Les clauses du contrat de bail vont être confrontées au droit au respect de la vie familiale et à la liberté de religion.

Droit au respect de la vie familiale : arrêt 6 mars 1996, la 3<sup>e</sup> civ a reconnu la nullité d'une cause d'habitation personnelle (clause qui limite le droit du preneur d'héberger des proches à ses seuls enfants), prononcée sur le fondement de l'art 8 CEDH. Arrêt 22 mars 2006 RTDciv 2006 p.722 note Marguenaud : une société HLM avait donné à bail un appartement à 2 colocataires, le bail contenait une clause d'habitation personnelle qui interdisait au preneur d'imposer à l'autre la présence de toute autre personne dans l'appartement sauf un enfant mineur. Or, la fille majeure d'un des colocataires est venue habiter avec sa mère. Le colocataire assigne la fille pour obtenir son expulsion, expulsion acceptée par la Ccass. La décision de la Ccass est cassée par la Ccass visa de l'article 8.

Il y a bien dans le contrat de bail un droit fondamental de donner l'hospitalité à ses proches.

La liberté de religion : consacrée constitutionnellement, et par l'art 9 CEDH. Cette liberté est moins bien protégée que le droit au respect de la vie familiale.

Affaire des digicodes, jugée par la 3<sup>e</sup> civ le 18 décembre 2002 : la Ccass pose comme principe que *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail*. Les preneurs ne pouvaient assigner la société bailleuse pour qu'elle installe, en plus des cartes magnétiques et digicodes, des serrures mécaniques.

Affaire des cabanes 3<sup>e</sup> civ 8 juin 2006 : Ccass réitère son refus de prendre en compte les convictions religieuses dans le contrat de bail. Durant une fête, les juifs pratiquants érigent des cabanes sous lesquelles ils doivent prendre leur repas. En l'espèce les copropriétaires d'une résidence avaient édifié sur leur balcon une cabane en bois pour les quelques jours de la fête. Les autres copropriétaires obtiennent en référé la démolition de la cabane. Cette décision est confirmée par la Ccass au motif que *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne saurait avoir pour effet de rendre licite les violations des dispositions d'un règlement de copropriété*.

Dans le cadre du respect de la vie familiale, l'atteinte portée au contrat est assez faible, il est uniquement demandé au juge d'écarter une stipulation contractuelle : effet élusif. Dans l'arrêt sur les digicodes, il est demandé au juge d'ajouter au contrat une obligation, effet additif, atteinte plus lourde. On a expliqué pendant longtemps la dissymétrie par l'effet sur le contrat. Mais, dans l'arrêt sur les cabanes, c'était également un effet élusif qui était demandé. La

notion de droit fondamentale, l'utilisation des droits fondamentaux, invite normalement à une appréciation circonstanciée des intérêts en présence. Les droits fondamentaux c'est une logique de pondération, et là dans l'arrêt sur les cabanes la liberté religieuse aurait invité à une appréciation plus fine par la Ccass, appréciation qui aurait mesuré l'importance de la violation du règlement de copropriété contre l'importance de la liberté religieuse.

### 3. Les autres applications de la fondamentalisation du droit des contrats

Toutes les clauses qui obligent le cocontractant à adhérer à une association sont nulles. Arrêt 1<sup>e</sup> civ 13 décembre 2005, RTDciv 2006 p.556. Un prêt immobilier obligeait l'emprunteur à habiter personnellement et continûment l'immeuble faisant l'objet du prêt. Le contrat indiquait qu'il était interdit de vendre ou de louer sans l'accord de la banque. Ccass a déclaré nulles ces clauses, en raison d'une contrariété à l'OP fondée sur la violation du droit constitutionnel de propriété. Ces clauses restreignent le pouvoir de disposer de son bien.